

訴訟要件の審理順序 (一)

片 野 三 郎

- 一 本稿の目的
- 二 異説の登場 (その一) —— リンメルスバッハー ——
 - 1 無効主義 (Nichtigkeitssprinzip) から
取消主義 (Anfechtungsprinzip) への変化
 - 2 訴訟判決と本案判決の既判力
 - 3 司法適合性 (Justizformigkeit)
 - 4 裁判の正当性の保障と法的平和の確保
- 三 異説の登場 (その二) —— グルンスキー、
J・プロマイヤー、坂口裕英教授 ——
 - 1 グルンスキーの説
 - 2 J・プロマイヤーの説
 - 3 坂口裕英教授の説

(以下次号)

一 本稿の目的

現行の民事訴訟法のもとでは、訴訟要件は本案要件より先に審理されるのではなく、両要件は同時に並行して審理されるので、場合により、訴訟要件の存否がまだ明らかにならないうちに、本案の理由のないことが先に判明する事態が生じることがある。⁽¹⁾このような場合に、訴訟要件の審理を省略し請求棄却判決をすることができるか否かについては、争いがある。この点について、通説は、訴訟要件を本案判決の前提条件であるとし、本案の理由のないことが訴訟要件の存否より先に判明した場合であっても訴訟要件の審理を省略することは許されないと解している。⁽²⁾これに対し、リンメルスバッハーが、その学位論文「民事訴訟における職権調査について」⁽³⁾で、訴訟要件と本案要件は訴えに対する関係において同価値 (gleichwertig) であること、つまり両要件とも請求認容のための要件であることを主張し、⁽⁴⁾本案要件に対する訴訟要件の先順位性 (Vorrangigkeit) を原則的に否定して以来、わが国においても、一定の訴訟要件の存否は不明であっても本案の理由のないことが判明した場合に、訴訟要件の審理を省略して請求棄却判決をすることが許されると解する説が有力に主張されている。⁽⁶⁾もっともわが国の有力説は、リンメルスバッハーが訴訟要件と本案要件の同価値性のためにあげた各根拠については、これを認めていない。

そこで本稿においては、訴訟要件と本案要件の法的性質を比較検討し、ついで訴訟要件と本案要件の審理順序を、主に個々の訴訟要件の機能を調べることによって明らかにしたいと思う。さらに、一定の訴訟要件は、本案要件の審理の場合のみでなく、当該訴訟要件以外の訴訟要件の審理のための前提条件となるのではないかの点

(訴訟要件相互間の審理順序の問題)についても検討したいと思う。

注(1)

訴訟の当初から本案の理由のないことが明白である場合も存在する。かかる場合の訴訟経済的な解決は、訴訟要件と本案要件の関係を問題とするよりも、西ドイツ行政裁判所法(VwGO)八四条の場合のように、かかる訴えを予先裁判(Vorbescheid)によって排斥することに求められるべきであるとの見解も存在する(Vgl. H. J. Sauer, Die Reihenfolge der Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage im Zivilprozess, 1974, S. 127 f.)。立論として、考慮する価値があるように思われる。ちなみに、西ドイツ行政裁判所法八四条における予先裁判に関する規定は、以下のようなものである(訳文は、南博方・注釈行政事件訴訟法(昭四七)四二〇頁を参照した)。

第八四条 ① 訴えが不適法であるか、または明らかに理由がないとみえるときは、裁判所は、口頭弁論期日の指定があるまでは、理由を付した予先裁判で、訴えを排斥することができる。

② 関係人は、予先裁判の送達後一ヶ月以内に口頭弁論の申立てをすることができる。申立てが期間内になされたときは、予先裁判はなされなかったものとみなし、そうでないときは、予先裁判は確定判決とみなす。予先裁判において、関係人は、許された法的救済に関して教示をうけなければならない。

なお、そのほかの手続においてかかる制度を規定するものとして、§§ 24, 93a Abs. 3 BVerfGG; § 105 SGG; § 55 Bayr. VGG が存在する(Vgl. H. J. Sauer, a. a. O. S. 127 Fn. 16)。

(2)

兼子一・民事訴訟法体系(増訂版・昭四〇)一五〇頁、三ヶ月章「権利保護の資格と利益」民事訴訟法研究一卷(昭三七)四二頁、同・民事訴訟法(有斐閣法律学全集・昭三四)三〇一頁、菊井維大・村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅰ(昭五三)九八六頁、伊藤乾「権利保護の利益」民事訴訟法演習Ⅰ(昭三八)二五六頁、斎藤秀夫・民事訴訟法概論(新版・昭五七)一六一頁、一六四頁、同編・注解民事訴訟法(3)(昭四八)一〇九頁(小室直人)、菊井維大・民事訴訟法(下)(補正版・昭四三)二一七頁。

(c) Bruno Rimmelpacher, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, 1966. 書評として、Herbert Fenn, AcP 167 (1967), S. 461; Hans Martin Pawlowski, JZ 1967, S. 294. なお柏木邦良「西ドイツ民法訴訟法の現況(3)」

ジュリスト四八四号(昭四六)一一九頁以下に、本書およびこれに対する西ドイツの学説の状況が紹介されている。

- (4) Wolfgang Grunsky, *Prozeß- und Sachurteil*, ZfP 80 (1967), S. 55 も同趣旨を説く。ただし、訴訟要件と本案要件の審理順序については、リンメルスバッハと異なる見解を主張している(後述三・1 参照)。

- (5) 西ドイツの通説は、わが国の通説と異なり、権利保護の利益については、本案の理由のないことが判明したときその審理を省略することを認める。Vgl. Stein-Jonas-Schumann, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, 20. Aufl., 1979, Einl VII E Rdnr. 327, 334; A. Blomeyer, *Zivilprozeßrecht*, 1963, § 37 III 4a; O. Jauernig, *Zivilprozeßrecht*, 18. Aufl., 1977, § 35 I; Schöke-Kuchinke, *Zivilprozeßrecht*, 9. Aufl., 1969, § 74 I 2; Zöller-Stein, *Zivilprozeßordnung*, 13. Aufl., 1981, § 256 Ann. AIII.

- (6) 一定の訴訟要件について例外的取扱いを認める説、鈴木正裕「訴訟要件と本案要件との審理順序」民商法雑誌五七巻四号(昭四三)五〇七頁、小島武司「訴の利益の調査—法学演習講座10・民事訴訟法(昭四六)一八頁、新堂幸司・民事訴訟法(第二版・昭五六)一六五—一六六頁、竹下守夫「訴訟要件をめぐる二・三の問題」司法研修所論集六五号(昭五六)一頁。なお訴訟要件の本質を訴訟阻却事由であるとされ、原則的に訴訟要件の先順位性を否定する説として、坂口裕英「訴訟要件論と訴訟阻却(抗弁)事由」兼子還暦・裁判法の諸問題(中)(昭四四)二二三頁がある(この説によれば、請求認容の場合も訴訟要件の先順位性は否定される。後述三・3 参照)。なお訴えの利益ないしは権利保護の利益の先順位性を否定する説については、後述四・3・(3) 参照。

ところでオーストリアにおいては、訴訟要件は判決確定まで職権によって配慮され、かつ、その欠缺の場合に手続および本案判決が取り消されうることとは、当然であると考えられており、訴訟要件の先順位性についてはほとんど議論されていないといわれている(Vgl. Oskar J. Ballon, *Die Zulässigkeit des Rechtswegs*, 1980, S. 136)。パロンジしんは、オーストリア民訴法四七一条(控訴審における、所長(Der Vorsteher)あるいは部の裁判長による事前手続)、および四九四条(訴訟要件に対する控訴審の職権調査)を根拠に、本案要件に対する訴訟要件の先順位性は当然認められるべきである、と解している(a. a. O. S. 142f.)。

二 異説の登場(その一)

——リンメルスバッハー——

リンメルスバッハーは、訴訟要件を本案要件と同じ価値を有する判決発令要件(Urteilserlaßvoraussetzungen)と解し、本案要件に対する訴訟要件の先順位性を否定する⁽¹⁾。そこで本章では訴訟要件と本案要件との間に差異は存在するの否か、またその差異は訴訟要件の先順位性を理由づけうるのかについて、リンメルスバッハーの見解を手掛りにして考えてみたい。

訴訟要件と本案要件との同価値性の理由として、リンメルスバッハーは、①訴訟要件欠缺の際に下された判決の効果が無効主義(Nichtigkeitssprinzip)から取消主義(Anfechtungsprinzip)に変化したこと、②訴訟判決と請求棄却判決とはその既判力において差異がないこと、③ZPO二七五条による独立の口頭弁論は、すべての訴訟要件に許されるわけではないこと、④訴訟要件の、被告の利益を保護する機能は、請求認容判決を下すべきでないことを要請するが、請求棄却判決を禁じるものではなく、この点において訴訟要件と本案要件との差異は存在しないこと、および、⑤司法適合性(Justizförmigkeit)の概念は訴訟要件に関係しないことをあげる⁽²⁾。

右の理由のうち、③と④についてはここで簡単にふれておきたい。まず理由③は、一九七六年の改正により、独立の口頭弁論は旧二七四条において妨訴抗弁とされていた訴訟要件のみでなく、すべての「訴えの適法性に関する責問」について認められることになったので(現行ZPO二八〇条)、もはや訴訟要件と本案要件の同価値性の根拠として不適切なものになった。もっとも、この独立の口頭弁論が裁判所の裁量にかかることは旧法と同様で

あるので、リンメルスバッハーが指摘していたように、この独立の口頭弁論が訴訟要件についての認められ、本案要件については認められないことから、訴訟要件の先順位性を演繹することはできないといえよう。次に理由の④も、両要件の差異を否定する理由として不適当である。なぜなら、請求棄却判決であっても被告に不利益を与える場合（治外法権者に対する訴えや団体の自律権の侵害が問題となる場合など）があり、それ故被告の利益保護の点において両要件は同一とはいえないからである。

理由の①②⑤については、以下に順次検討したい。

- 注(1) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 77 ff. ただし訴え存在要件 (Existenzbedingungen der Klage 例として訴状送達(1)の適式性)、確定判決の存在、判決存在要件 (Urteilsbestandsvoraussetzungen 例として人的裁判権) については、本案要件より先に審理されるべきであるとする (a. a. O. S. 125, 131 ff., 136 ff.)。その後、二重起訴禁止も例外的に先順位性を有する訴訟要件に加えられた (ders., Prozeßvoraussetzungen in der Revision, ZZP 88 (1975), S. 257 ff.)。
- (2) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 77 ff., 92 ff., 112 ff., 113 ff., 115 ff.
- (3) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 37. Aufl., 1979, § 280 Anm. 2.
- (4) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 113.

1 無効主義 (Nichtigkeitssprinzip) から 取消主義 (Anfechtungsprinzip) への変化

(1) 周知のように、古代ローマの民事訴訟は in iure における手続と in iudicio における手続とに分けられていた。(1) in iure においては、in iudicio に進むために存在しなければならない要件が審理されたが、この

審理は国家の官吏である Praetor によって行われた。そしてこれらの要件が存在するときには *denegatio actionis* の裁判がなされ、要件が存在するときは争点決定によって *in iure* の手続は終結し、*in iudicio* の手続に進んだ。⁽²⁾

このように訴訟手続が、事前手続 (*Vorverfahren*) と本案手続とに二分されていた原因を、ビューローは、国家自体がその職責により争いのある法的地位の承認および保護のために必要な訴訟上の要件を審理した場合にのみ、私法上の請求権は十分に堅固な、私的な意見・意思を超える力に強められる、という要請に見た。⁽³⁾

(2) 右のようなビューローの見解に対し、リンメルスバッハーは、正当な判決のために同じように重要な実体法上の要件は何故国家の官吏によって判断されないのか、と批判する。⁽⁴⁾ そしてリンメルスバッハーじしんは、手続二分の原因を、ローマ法において判決無効制度が認められていたことに求めた。すなわち、

「この判決無効を回避するために、*in iudicio* の手続の有効性が依存している要件についての、分離された弁論・審理・裁判が必要とされた。それ故ローマ人にとって国家の官吏による手続の準備が重要であったのであり、また多くの訴訟要件が職権によって調査されるべきであったのである」⁽⁵⁾ とする。

このようにローマ民事訴訟における手続二分の原因を判決無効制度に見たリンメルスバッハーは、ZPO 制定後、この判決無効制度は取消主義に変わり、判決無効の危険はなくなったので、訴訟の有効性の確定や訴訟要件の審理のための特別な手続は必要がなくなったと主張する。⁽⁷⁾

(3) しかし、右のようなリンメルスバッハーの見解に対しては、次のような疑問がある。まず第一に、判決無効制度が取消制度（つまり再審）に変容したとしても、取消事由をそのほかの要件と異別に取り扱う必要はなお

存在するのではないかという点である。すなわち、ローマ民事訴訟における手続二分の原因が判決無効の危険であったとすれば、この危険、つまり判決が存在し続けることができない危険は、一定の事由が存在するとき確定判決が取り消されうることになっている現行民事訴訟においても、なくなっているとはいえず、この限りにおいてローマ民事訴訟と現行民事訴訟は異ならないからである。⁽⁸⁾

第二に、リンメルスバッハーは手続二分の原因を判決無効制度に見たが、しかしこの見解によつては、判決無効をもたらない事由も争点決定の前に提出されねばならなかったことを、説明できないという点である。たとえば、被告が延期の抗弁を提出しないまま被告敗訴の判決が下されたとしても、この判決が無効とならないことはいうまでもないからである。⁽⁹⁾

注(1) Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., 1981, § 4 I 1; 柏木邦良「訴訟要件の審理と判断(一)」北海学

園大学法学研究五巻一号(昭四四)一三三頁以下。

(2) 柏木・前掲北海学園大学法学研究五巻一号一三五頁。

(3) Oskar Bülow, Die Lehre von den Proceßbeinreden und die Proceßvoraussetzungen, 1868, S. 295 f.

(4) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 79.

(5) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 79. 上のことはドイツ普通法においても何ら変らなかった(a. a. O. S. 80 ff.)。

(6) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 82 ff.

(7) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 85.

(8) H. J. Sauer, a. a. O. 16 f.; Reiner Martin, Prozeßvoraussetzungen und Revision, 1974, S. 32; 柏木・前掲

ジュリスト四八四号一二二頁注(18)。

(9) W. Grunsky, a. a. O. ZJP 80, S. 66 f. そのほかの 'in iure' で審理されるが判決無効事由でなかったものについ

では、後述二・二注(11)参照。

2 訴訟判決と本案判決の既判力

(1) リンメルスバッハーは、「通説によれば、訴訟判決と本案判決は異なる既判力作用 (Rechtskraftwirkung)⁽¹⁾を有し、この相違が適法性と理由具備性とを区別するための基準であるといわれている」⁽²⁾が、現行法においては、もはや訴訟判決と本案判決 (請求棄却判決) とを区別する必要はなくなったと主張する。⁽³⁾彼のこの見解は、*absolutio ab actione* と *absolutio ab instantia* の歴史的 연구にも⁽⁴⁾ついている。

まず古典ローマ時代の民事訴訟について、次のように述べる。

争点決定以後は、*iudex* によって *absolutio ab actione* の裁判がなされたが、それは *actio* を消耗させる争点決定以後に発令されたものであるので、終局的に作用した。争点決定以前の手續では、*Prätor* によって *denegatio actionis* の裁判がなされたが、「これは単に権利保護申請を却下する (*zurückweisen*) もので、同じ事情のもとに行われる新たな方式書の授与を求める申請において *Prätor* を拘束するものではなかったし、この却下の裁判は訴訟要件の欠缺の場合のみでなく、明白な実体法上の要件の欠缺にも⁽⁴⁾ついても行われた」。「このことから、二種類の *Absolution* の区別は、訴訟要件の有無によるのではなく、裁判が争点決定の前後のいずれにおいて下されたかによるものであることが明らかに⁽⁴⁾なる」。

次に、後期古典ローマ時代およびドイツ普通法の民事訴訟について以下のように述べる。

「後期古典ローマ時代の民事訴訟は、このような厳格な区別を固執しなかった。少くとも履行期到来前に訴えた場合には、当事者に、訴え排斥 (*Abweisung*) の裁判にもかかわらず再訴の可能性が開かれていた。この場合当事者は、単に、当初

定められていた履行期日前に訴えた期間の二倍の期間待たねばならなかっただけである。訴訟理論は一九世紀まで、争点決定後になされた訴え排斥の裁判の終局性のドグマを固執したので、かかる場合には本案裁判を下さず、これを延期した。いいかえれば、履行期未到来の抗弁は争点決定を妨げた。何故原告はこの場合にのみ訴権を保持することができ、他の延期的抗弁 (*verzögerliche Einreden*) の場合にこれを保持しえないのかを理解できなかったことは、明らかである。それ故、ユスティニアンの特則は一般化され、これらの抗弁は過多請求の抗弁 (*Pluspetitionseinreden*) として把握され、それらに妨訴効が与えられた。……これらの抗弁は、訴訟追行の方法に関する抗弁とともに、……猶予抗弁 (*dilatorische Einreden*) とみなされた。これらの抗弁に関する弁論・証拠調べのために、固有の事前手続 (*Vorverfahren*) が形成された。⁽⁶⁾「最終帝国議會決議 (J.R.A.・一六五四年) は、その四〇条において、原則として独立の事前手続を禁止し、猶予抗弁、本案、および棄却抗弁 (*peremptorische Einreden*)」⁽⁶⁾のための同時の弁論を命じたが……争点決定についての猶予抗弁の意義に関しては何も変えることができなかった。今や争点決定は抗弁を処理する前に行われたが、それは条件的なものであった。つまり抗弁の証明が成功したときは、争点決定は消滅し、それとともに……訴権の消耗も廃止されてしまう。この訴えを排斥する裁判は、本案についてではなく、……抗弁について判断したものではあるが、何の結果も招来しなかったわけではない。つまり原告は、当初定められた履行期日前に訴えた期間の二倍の期間、ドイツ普通法の判例によれば少くとも履行期到来まで、待たねばならなかった。かくて I 4, 13, 10 に従ってなされた判決は、一点において当事者間の法律関係を有効に作用したのである。この一つの規定から、猶予抗弁にもとづいて訴えを排斥する場合には訴えを「暫定的に」排斥する裁判を行う実務が生じた。……この「暫定的訴え排斥 (*die Abweisung zur Zeit*)」の裁判は、*absolutio* が理由としている一点において法律関係を明らかにする効力を有し、またその効力は当事者間において顧慮された。この個別的作用 (*Einzelwirkung*) は積極的準既判力作用⁽⁷⁾といえ表わされたが、その際、「訴訟上の」抗弁理由にもとづく「暫定的訴え排斥」の裁判の既判力作用は実体法上の理由にもとづく訴え排斥の裁判の既判力作用と区別されなかった」。

さらに、ビューローの見解について、次のように述べる。

「ビューローは、猶予抗弁を、単に訴訟手続に関するものと、本案に関するものとに分け、前者を訴訟要件と把握した。そしてこの訴訟要件は事前手続において審理されると考え、後者についてはこれを争点決定後の本案手続に追いやり、それらの妨訴的性質を否定した。……そしてビューローは、事前手続を終結させる裁判の既判力を否定し、……本案手続における訴え排斥判決を真正かつ有効な本案裁判と見たが、従来、訴えを暫定的に排斥する判決に付与されていた準既判力を顧慮しなければならなかったもので、争点決定の消耗効を一時的 (auf Zeit) なものに制限した。……しかし ZPO 制定以後、争点決定として訴えの提起に消耗効を結合することは廃止され、これに反し既判力の積極的作用、つまり裁判されたことに当事者は拘束されることがより明らかにされたので、あらゆる判決に拘束力を認める説の立場からは、もはや訴訟判決と請求棄却判決の既判力作用における、既判力制度から演繹される相違を語ることはできなくなった。すなわち、両判決において既判力は点の形で拘束力を有し、個々の訴え排斥理由に従って作用するのであり、訴え排斥判決が訴訟判決か本案判決かを基準とするのではない」。

右に見たように、リンメルスバッハーは、請求棄却判決の既判力も訴訟判決の場合と同様に、点の形で (punkt-förmig) 作用すると主張するのであるが、さらにその具体的な例として、履行期未到来の場合と、扶養料支払請求訴訟の場合をあげて説明している。

(i) 第一の訴訟で、被告が請求権の存在あるいは履行期の到来を争ったとき、既判力の射程範囲 (Tragweite) によって裁判の理由が重要である。すなわち、請求権が存在しないとの理由で訴えが排斥されたときは、原告は履行期が到来した後であっても再訴の可能性を有しない。判決の既判力がそれを妨げる。しかし第一の裁判官が「暫定的に」訴えを排斥したときは、履行期到来後の再訴は前判決の既判力によって妨げられることはない。

(ii) 非嫡出子が、実父に対して、地方福祉団体によって援助されていた間の扶養料の支払いを請求した(第一訴訟)。裁判所が——誤って——扶養請求権は福祉給付によって消滅したとの理由で訴えを排斥する裁判をしたとき、この判決は地方福祉団体による実父に対する訴え(社会福祉担当者、福祉義務令(Erbschafts) 11条のa〔現行・連邦社会扶助法(Bundessozialhilfegesetz)〕により自己に移行した請求権を主張できる)を妨げる。第二訴訟で——誤って——扶養請求権が既に地方福祉団体に移行していることを理由に訴えが排斥されたときは、この判決は地方福祉団体による第二の訴訟を妨げない。⁽⁹⁾

以上のような考察にもとづき、リンメルスバッハーは、訴訟判決の既判力作用は請求棄却判決の既判力作用と異なる範囲を有するとのテーゼは維持されえない⁽¹⁰⁾、と主張する。

(2) リンメルスバッハーの見解を検討する前に、彼によってあげられた例(ii)について一言しておきたい。すなわちリンメルスバッハーによれば、扶養請求権は福祉給付によって消滅したとの理由で訴えが排斥された場合、地方福祉団体による実父に対する訴えは、非嫡出子と実父の間の訴訟における判決の既判力に妨げられることになるが、扶養請求権が既に非嫡出子と実父との訴訟以前に地方福祉団体に移行しているとき、何故第一訴訟の判決の既判力が地方福祉団体に及ぶのか理解できない。ただし訴え提起以前に債権が移転しているとき、旧債権者は新債権者の訴訟担当者になるわけではなく、それ故旧債権者と債務者との訴訟における判決の既判力が新債権者に及ぶことはない。したがって例(ii)の場合においても、非嫡出子と実父との訴訟においていかなる理由で訴えが排斥されようとも、その判決の既判力が地方福祉団体に及ぶことはありえないからである。かくてリンメルスバッハーがあげた例(ii)は、訴訟判決の既判力作用と請求棄却判決の既判力作用との範囲の同一性を理由づけるためには不適切であるといえよう。

ローマ時代の民事訴訟において訴えを排斥する判決が *denegatio actionis* と *absolutio ab actione* とに分けられていたのは、後者の既判力作用が時的無制限であったことにもとづくとの指摘⁽¹¹⁾、および、履行期末到来を理由とする訴え排斥判決の既判力は履行期到来後の訴えを妨げないこと(例(i)の場合)は、訴訟判決の既判力作用と請求棄却判決の既判力作用がその時的範囲を同一にすることを証明する。すなわち、訴訟判決と請求棄却判決はいわゆる既判力の時的限界においては区別されえない、といえる。

ところで西ドイツの通説は、訴訟判決と請求棄却判決の「既判力」の相違を、訴訟判決は訴訟要件欠缺補正のもとに行われる再訴を妨げないが、請求棄却判決は請求権の不存在を既判力をもって確定し、当座に限り理由なしとして訴えを排斥する場合を除き、同一の訴訟物についての再訴を妨げる、ということに見て、これを本案要件に対する訴訟要件の先順位性の根拠としている⁽¹²⁾。

しかしこの説については、(i) 訴訟判決の場合の再訴可能性は請求棄却判決に対する本質的相違点といえるか、(ii) 原告の再訴可能性は訴訟要件の先順位性を正当化する理由となりうるのか、の点において疑問なしとしない。

(i) まず訴訟要件欠缺の補正のもとに行われる再訴が許されるのは、すべての訴訟要件についてではなく、補正可能な訴訟要件の場合に限られているが、このような一定の訴訟要件のみに妥当する事柄によって両判決を区別する基準とすることは、適切でないように思われる。さらに、訴訟判決と請求棄却判決における、既判力を排除する新事実が異なる性質を有すること、つまり本案要件における新事実が原告の法律効果の主張の内容 (*Inhalt der klägerischen Rechtsfolgenbehauptung*) に関係するが、他方訴訟要件における新事実が訴訟手続上の問題 (*Prozeßfrage*) に関係しているため、前者の事実の発生は一般的なものとはいえず、これに対し後者の事実の発

生は普通であることは、⁽¹⁴⁾既判力の排除がいずれの判決の場合に、より容易であることを示すものであり、程度の問題といへば、既判力作用の時的範囲についての本質的相違点とはいえないように思われる。

(ii) (i)で述べたように、原告の再訴はすべての訴訟要件の場合に許されるわけではないので、仮に再訴可能性が訴訟要件の先順位性のための根拠になりうるとしても、それは補正可能な訴訟要件の場合に限定される。しかしそのような場合であっても、原告の再訴可能性によって即座に当該訴訟要件の先順位性を理由づけうるかは、疑問である。たとえば被告の当事者適格の有無についてはなお調査が必要であるが、請求の理由がないことは明らかになった場合、正当な被告に対する再訴の余地を原告に認めるべきか否か、つまり当事者適格の有無を調査する必要があるか否かは、被告の当事者適格の機能をどのようなものと考えるかに依存している。換言すれば、仮に被告側の当事者適格に本案要件に対する先順位性を認めるべきであると解するとしても、それは再訴可能性によってではなく、この訴訟要件の機能したいによって理由づけられるといふべきである。かくて、原告の再訴可能性は当該訴訟要件の先順位性を理由づけるものではないといわなければならない。⁽¹⁵⁾

前述したように、訴訟判決と請求棄却判決の既判力作用はその時的限界の面では異ならないといえるが、これに対し客観的範囲も同一であるかは疑問である。なぜなら、訴訟判決の場合には否定された訴訟要件についてののみ、つまり点の形で既判力が生じるが、⁽¹⁶⁾他方請求棄却判決の既判力は、原告によって主張されている本案請求について生じるのであり、点の形で（たとえば不当利得返還請求において、契約の不成立、錯誤による無効、詐欺による取消し、解除等、法律上の原因なからしめる各個の事由のみに）生じるのではないからである。⁽¹⁷⁾もっとも、このような差異から訴訟要件の先順位性を引き出すことはできない。ただし、既判力の客観的範囲は請求棄却判決よりも訴訟判決のほうが狭いということは、当事者にとって意味がないからである。このことは、請求棄却判

決よりも訴訟判決のほうが被告にとって有利である場合が存在することからも明らかである。たとえば、いわゆる「創価学会板まんだら事件」(最「三小」判昭和五六年四月七日民集三五卷三三三四三頁)のように宗教問題に対する司法権の限界が問題となっている場合、請求棄却判決よりも訴訟判決のほうが被告にとって有利といえる⁽¹⁸⁾。

ところで、西ドイツの通説は、訴訟要件の審理を省略し請求棄却判決をすれば、既判力の範囲が不明確になるとの理由からも、訴訟要件の先順位性を認めている⁽¹⁹⁾。すなわち、問題になった訴訟要件の欠缺を補正してなされた再訴は前訴判決の既判力に触れて許されないのか否か不明であるとする。しかしこの場合、前訴判決は本案要件の欠缺にもとづいて訴えを排斥したのであるから、既判力は本案請求について生じ、既判力の範囲が不明確になるとはいえない⁽²⁰⁾。訴訟要件欠缺の補正による再訴が許されるか否かは、当該訴訟要件の欠缺が前訴判決の既判力を排除できるかどうかにかかるとの問題である。すなわち当該訴訟要件が再審事由か無効事由である場合には、欠缺補正後の再訴(再審事由に該当するときは再審)が許されるが、これらの事由に該当しない場合は欠缺補正による再訴は許されないことになる。かくて訴訟要件の審理を省略して請求棄却判決を下すと既判力の範囲が不明確になるとの理由でもって、訴訟要件の先順位性を主張する西ドイツの通説は妥当ではない。

(3) 以上要するに、訴訟判決と請求棄却判決の既判力作用は、その時的限界において同一であるが、客観的範囲においては同一ではない。この点において、訴訟判決の既判力作用は請求棄却判決のそれと異なる範囲を有するものではない、とのリンメルスバッハーの主張は妥当でないといえよう。しかしこのような差異は、通説が従来訴訟要件の先順位性のために主張していた根拠が適切なものではなかったのと同様に、訴訟要件と本案要件との審理順序の問題に解答を与えるものではない。

注(1) 西ドイツにおいては、既判力作用 (Rechtskraftwirkung) という用語は多義的に用いられているようであるが、(1)の点については H. J. Sauer, a. a. O. S. 36 を参照) (1) といわれている既判力作用の相違は、B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 92 Fn. 128 で引用されている文献の中の Rosenber, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., 1961, § 129 II 3 によれば、訴訟判決の場合には訴訟要件の欠缺を補正することにより再訴が可能であるが、これに対し請求棄却判決の場合は、当座限りに請求権が排斥された場合を除き、再訴は許されない、ということの意味するようである。

なお O・ヤウアニヒは、「既判力の『作用 (Wirkung)』の本質は……同一の事件を新たに取り扱う裁判官は異なる判断をすることは許されないという点に存する。このような作用は訴訟判決の既判力にも帰属する」として、訴訟判決と請求棄却判決の相違は、その既判力作用の点ではなく、既判力の対象 (Gegenstand) と範囲 (Umfang) にある (O. Jaurnig, Warum keine Verbindung von Prozeß- und Sachabweisung?, JZ 1955, S. 236; Vgl. ders., Zum Prüfungs- und Entscheidungsvorrang von Prozeßvoraussetzungen, Festschrift für Schiedermair, 1976, S. 292 f.)。本稿に於いては「既判力作用」をヤウアニヒのいう意味で用いる。

- (2) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 92.
- (3) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 92 ff.
- (4) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 94 f.
- (5) 訳語については、船田享二・ローマ法第五卷 (改版・昭四七) 三三五頁を参照した。
- (6) 同右。
- (7) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 95 f.
- (8) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 96 ff.
- (9) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 100.
- (10) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 101.
- (11) ただし in iure の手続において、原告の申し立てている actio が法秩序によって承認されていること (Rechts-

Schutzwürdigkeit) 裁判所が権利を確認する価値 (Prozeßwürdigkeit) があること——原告の申立てが首尾一貫性 (Schlüssigkeit) を欠くものであるとき、他の証拠調べを行うことなく訴えの理由のないことが確定されるとき、*prozeßwürdigkeit* は否認された——、および申立てを認容することが公正であること (*Sachgerechtigkeit*) ——原告の申立てが法規ないし法原則に適合はするが、その適用が具体的場合に不当な結果に導くとき、*Sachgerechtigkeit* は否認された——、つまり原告に再訴の可能性を認める必要のない事項も審理されたこと、さらに、訴訟要件について証拠調べが必要である場合には *in iudicio* の手続において訴訟要件が審理されたこと (Max Kaser, Das römische Zivilprozeßrecht, 1966, S. 177, 179.) を考慮するとき、ローマ民事訴訟の手続が二分されていた理由が、*absolutio ab actione* の既判力の時的無制限、つまり原告の再訴可能性の顧慮のみではないといふよう (Vgl. H. J. Sauer, a. a. O. S. 21 f.)。

- (12) Rosenberg-Schwab, a. a. O. § 134 I 2c; Stein-Jonas-Schumann, Kommentar, 20. Aufl., 1979, Einl VII E Rdnr. 328; Zöller-Stephan, ZPO, 13. Aufl., 1981, Vor § 253 Anm. All; Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., 1961, § 129 II 3; O. Jaernig, a. a. O. JZ 1955, S. 237; Hans Berg, Die Vorrangigkeit der Sachurteilsvoraussetzungen, JR 1968, S. 258 f.; ders., Zulässigkeitsvoraussetzungen im Zivilprozeß, Jus 1969, S. 125; H. J. Sauer, a. a. O. S. 35.

- (13) Arthur Nikisch, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., 1952, § 98 III 2. ニキッシュは、補正可能な訴訟要件の例として訴え提起の適式性、訴訟能力・法定代理、管轄、補正不可能な訴訟要件として、裁判権、権利救済方法 (*Rechtsweg*) の適法性をあげている。

- (14) H. J. Sauer, a. a. O. S. 38. 実体要件事実のいずれの要件事実 (つまり棄却理由となった事実あるいはその他の事実) が基準時後に変動した場合に前判決の既判力が排除されるかの問題については、J. Blomeyer, Rechtskraft und Rechtsmittel bei Klagabweisung, NJW 1969, S. 587; Dietrich, Zur materiellen Rechtskraft eines klagabweisenden Urteils, ZNP 83 (1970), S. 201; Wolfram Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, S. 150 ff. 参照。なお西ドイツにおいて、棄却理由とされた要件事実の基準時後の変動の場合に限り、前訴判決

の既判力が排除されることを、棄却の理由についての既判力が、当該請求との関係でのみ認められる「相対的既判力」によって説明する見解が主張されていることにつき、上野泰男「判例に現われた形式的不服概念の問題点」小室・小山還暦・裁判と上訴(上)(昭五五)三三七頁以下参照。わが国においてこの「相対的既判力」を主張するものとして、柏木邦良「訴訟物概念の機能」講座民事訴訟2(昭五九)二二二頁がある。

- (15) Walter F. Lindacher, Die Reihenfolge der Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage im Zivilprozess, ZRP 90 (1977), S. 134.

- (16) 兼子・条解民事訴訟法(上)(改訂合本・昭三〇)五〇八頁、菊井・村松・全訂民事訴訟法一一〇五頁、斎藤編・注解民事訴訟法(3)三〇二頁(斎藤秀夫、伊藤乾「訴訟判決の既判力」民事訴訟法研究(昭四三)一二三頁、上田徹一郎「却下・棄却判決の既判力」実務民事訴訟講座2(昭四四)八八頁、同「訴訟判決と既判力」法学教室(第二期)1(昭四八)一四一頁、小野村資文「訴訟判決の既判力」民事訴訟法の争点(昭五四)一四九頁、A. Blomeyer, a. a. O. § 89 II 2; Rosenberg-Schwab, a. a. O. § 153 II.

- (17) 兼子・体系三四一頁、中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編・民事訴訟法講義(補訂版・昭五五)四五三頁(吉村徳重)、坂口裕英・前掲裁判法の諸問題(中)二四一頁。

- (18) 伊藤真「訴訟判決の機能と上訴の利益——形式的不服説の再検討——」名古屋大学法政論集七三号(昭五二)一頁以下は、司法権の限界を規制する訴訟要件を「紛争解決拒絶型訴訟要件」とされ(一八頁)、かかる要件の場合には、「適格否定型訴訟要件」および「利益消滅型訴訟要件」とともに、請求棄却判決に対する被告の不服を認めうる可能性が存在する(四三頁)とされる。竹下・前掲司法研修所論集六五号二八頁以下も、請求棄却判決に対する被告の不服を一定の場合に認めうるとされる。

なお、菊井・村松・民事訴訟法Ⅱ(昭三九)五〇四頁は、被告が訴え却下の判決を求め、仮定的に請求棄却の判決を求めていて、單純に請求棄却の判決がなされた場合には、被告は不利益な判決を受けたのであるから控訴はでき、とされるが、このような場合に常に不服が認められうるかは疑問である。斎藤編・注解民事訴訟法(6)(昭五五)二四頁(小室直人)は、「被告がまず不適法却下を申立て、次に請求棄却を申立てても、これは予備的申立の関係ではない。こ

のような申立がなされたとき、原判決が訴を適法として、請求棄却の判決をしても、被告に不服はない」とされる。

- (19) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, Kommentar, 19. Aufl., 1969, § 322 Anm. VI 7 c; Thomas-Putzo, ZPO, Vorbem. § 253 Anm. III; K. Schellhammer, Zivilprozeß, 1982, Rdnr. 426; H. Berg, a. a. O. Jus 1969, S. 123; BAG, NJW 1967, S. 648 (管轄について疑いを有しながら請求棄却判決がなされた場合について判示したもの。判批 207) Walter F. Lindacher, NJW 1967, S. 1389 (488)。

- (20) Vgl. W. Grunsky, a. a. O. ZJP 80, S. 61 ff.; Walter Zeiss, Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., 1978, § 41 VI 4; W. F. Lindacher, a. a. O. NJW 1967, S. 1389; R. Martin, a. a. O. S. 42.

3 司法適合性 (Justizförmigkeit)

(1) ニーゼが本案要件に対する訴訟要件の先順位性の根拠を司法適合性に求めるのに対し、リンメルスバッハは、訴訟要件の場合には司法適合性を論じることができない、と反対する。

ニーゼは、「適法性と理由具備性のカテゴリーにおいて特に明白に現れる形式 (Form) と内容 (Inhalt) の厳格な区別の要請は、すべての訴訟の特徴であり、また司法適合性の一般的概念で表わすことができる。この司法適合性は、細部のすべてまで法律によって厳密に定められた手続のみが実体法の実現を保証しうるとの法史的経験にもとづいており、したがってあらゆる訴訟上の事象 (prozessualer Vorgang) は常にまず第一にその形式的条件、つまり訴訟法によって定められた有効条件 (Gültigkeitsbedingungen) を調査されるべきである⁽¹⁾」という。

これに対し、リンメルスバッハは、「司法適合性は単に訴訟上の手続過程の評価に適するものであるとして、司法適合性の概念は適法性の要件と理由具備性の要件を区別する適切な基準ではないとする。すなわち、

「訴えが裁判所に提起された時点においてすでに訴えの適法性と理由具備性を判断することができ、この時点ではまだ

手続過程に言及することはできない。つまり訴えは評価対象としての、一個の現存する事実 (ein vorhandener Tatsache) であるが、司法適合性の概念は展開する手続 (ein sich entwickelndes Verfahren) に関係するものである。それ故、訴訟要件は司法適合性の概念の要素ではないし、さらに訴訟要件を規定する法規は手続を指揮するための『行為規範』ではなく、実体法上の要件を規定する法規と同様、手続に依存しない問題、すなわち現存する訴えは……認容判決に適合しているか否かの問題を、決定するための『判断基準 (Urteilmaßstäbe)』である』という。

(2) しかしこのようなりンメルスバッハーの見解は、訴訟要件が本案判決要件であるばかりでなく、手続適法要件でもあることを見落⁽³⁾しており、適切でないように思われる。もともと訴訟要件規範は訴訟手続の個々の局面における手続の適法性を定めるものではなく、訴訟手続全体の適法性を定めるものである。すなわち手続の個々の過程が司法適合性を有するためには、その手続の土台たる手続の主体や、手続実施の条件が訴訟法に従って存在することが要請される。そして、このような手続の土台を定める法規が訴訟要件規範であるといえよう。たとえば管轄のない裁判所で行われた審理手続は、その審理手続内の個々の訴訟行為が訴訟法に従って行われたとしても、その審理手続は全体として不適法なものと解され、またこのような審理を前提にした本案判決も不適法なものとなる。

(3) 右に述べたように、訴訟要件は訴訟手続が司法適合性を有するための条件であるが、このことは即座に訴訟要件の先順位性を理由づけるものではない。けだし個々の訴訟要件の司法適合性をいかなる範囲で要請すべきかは、個々の訴訟要件の機能の評価によって決定されるべきだからである。したがって、司法適合性を理由に即座に訴訟要件の先順位性を認めたり、形式と内容の区別から当然の帰結として訴訟要件の先順位性を主張することは、⁽⁶⁾妥当でないと思われ⁽⁷⁾る。

註(1) Werner Niese, *Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen*, 1950, S. 97. なお司法適合性から適法性のカテゴリーを演繹するものとして、Friedrich Weber, *Zur Methodik des Prozeßrecht*, *Studium Generale* 13 (1960), S. 191 がある。

(2) B. Rimmelpacher, a. a. O. S. 117.

(3) この点を明示するものとして、柏木邦良「訴訟要件と訴訟内紛争」民事訴訟雑誌一九号(昭四八)八七—八八頁、菊井・民訴法(下)二一五頁。佐上善和「訴訟要件とその審理」法学セミナー一九八三年一月号一〇八頁は、本裁判決要件としての機能よりも手続進行や審理に立ち入るかどうかの要件としての機能を重視すべきであるとされる。

(4) R. Martin, a. a. O. S. 28.

(5) W. Niese, a. a. O. S. 97.

(6) James Goldschmidt, *Der Prozeß als Rechtslage*, 1925, S. 407.

(7) H. Fenn, a. a. O. AcP 167, S. 465 は「ニーゼやゴルトシュミットの説に対して、「ほとんど概念法学を超えていない」と批判する。さらにリンメルスバッハーも、ゴルトシュミットの見解を、概念法学、あるいは「証明されるべきテーマをすでに証明手段として利用するものである」と批判する(B. Rimmelpacher, a. a. O. S. 110, 112)。

4 裁判の正当性の保障と法的平和の確保

(1) リンメルスバッハーは、歴史的考察により(中世最盛期および近世初期における *Landfriedensgesetzgebung* と訴訟との関係について言及している)、民事訴訟の目的を、権利の保護および実現(これを現実的訴訟目的と呼ぶ)による法的平和の確保(これを理念的訴訟目的と呼ぶ)であるとし、さらに、現実的訴訟目的たる権利保護は理念的訴訟目的によって制限される、すなわち権利保護は、それが法的平和の確保に寄与し、かつ法的平和の確保に必要な場合で、そしてさらに法的平和を危うくさせない方法でのみ、与えられるとする⁽¹⁾。かく

て訴訟要件は、「法的平和の確保の観点における実体権の保護価値要件 (Schutzwürdigkeitsvoraussetzungen) と表わすことができる」⁽²⁾とする。

たとえば権利救済方法 (Rechtsweg) の選択の基本観念を、リンメルスバッハーは、法律上の規制の専門化による裁判所の専門化の必要性、つまりすべての紛争を一つの統一された手続において審判することの不適切性に見る。そして理念的訴訟目的たる法的平和が十分に保障されるためには、裁判機関が人的ならびに手続的に、紛争を実体法の目的に従って審判できるように配慮されねばならない、という。⁽³⁾

要するに、リンメルスバッハーの見解は、権利救済方法の選択は裁判の正当性を保障するものであり、この保障が欠けるときの法的平和は確保されない、と主張するものといえる。このようなリンメルスバッハーの見解によれば、権利救済方法の選択が不適法であることを看過してなされた本案判決はその内容上の正当性を欠くものとなるが、このことは、判決が請求認容判決であるか、あるいは請求棄却判決であるかによって異ならないはずである。それ故権利救済方法の選択の審理を省略して請求棄却判決をすることは、内容上の正当性を欠く判決を裁判所が下すことを意味し、かくて法的平和の確保は達成されなくなる。しかるに訴訟要件の先順位性を否定するリンメルスバッハーの見解によれば、権利救済方法の選択を不問に付したまま請求棄却判決を下すことができるので、この場合、法的平和の確保は達成されないことになってしまう。

(2) 右のようなリンメルスバッハーの見解の誤りは、彼が法的平和の確保は権利保護によって達成されると考え、そしてこの権利保護の内容として原告の権利保護のみを考えたことにもとづく。すなわち、被告の権利保護 (請求棄却判決) によっても法的平和の確保がもたらされうることを見落したことに⁽⁴⁾もとづく。

さらに、リンメルスバッハーが請求棄却判決によっても法的平和がもたらされることを考慮に入れなかったの

は、訴訟の対象を次のように考えたからである。すなわち、

「訴訟の対象は、原告によって主張され、生活関係から演繹され、かつ詳細に特定される法律状態が存在するか否か、およびそれが裁判所の保護に価するか否か、の問題である。……それは、従来の意味における訴訟物 (Streitgegenstand) の定義ではなく、むしろ訴訟上の全体的抗争 (die gesamte prozessuale Auseinandersetzung) の記述⁽⁶⁾である」として、訴訟物と異なる全体問題 (Gesamtfrage) なる概念を認め、さらに、「判決は具体的に提出された問題に対して単に肯定か否定の答えのみを与えることができる」すなわち「訴訟上および実体上のすべての判決発令要件が充足されたとき、裁判官は、全体問題に対し肯定の答えを与えなければならない」とする。⁽⁷⁾

したがってリンメルスバッハーによれば、訴訟要件の欠缺にもとづく訴えの排斥も、本案要件の欠缺にもとづく訴えの排斥も、ともに全体問題に対する否定の答えを意味し、原告にとって同一の意義を有するものとなる。しかし訴え却下判決が請求棄却判決よりも原告にとって有利である場合が存在すること、換言すれば、訴訟要件が原告の利益を保護する機能を有している場合が存在することは、疑いがない。⁽⁸⁾このことは、たとえば訴訟能力を欠く原告がこれを顧慮されないまま請求棄却判決を受けるべきでないことを想起するとき、明らかである。それ故、訴え却下判決と請求棄却判決との区別をなくし、訴訟要件の原告保護機能を考慮に入れない全体問題なるものを構成することは、妥当でないように思われる。

注(1) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 22 f.

(2) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 76.

(3) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 56 f. なお木川統一郎「訴訟制度の目的と機能」講座民事訴訟1 (昭五九) 四六頁

注49は、リンメルスバッハーの訴訟目的論について、「彼の理論構成は失敗である。理念的・現実的目的はあいまいである。彼の論理構成の下では、理念的目的が『目的』であり、現実的目的は『手段』となるはずである」とされる。本稿においては、何を訴訟目的と解すべきかの問題は別として、法的平和を確保するためには正当な内容を有する裁判が行われる必要があることを前提としている。

- (4) R. Martin, a. a. O. S. 33 f.; Peter Gottwald, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, 1975, S. 258; 上村明広「上告審における訴訟要件」小室・小山還暦・裁判と上訴(中)(昭五五)二〇五頁。
- (5) リンメルスバッハーは、結局、独立の主張と実体法上の法律効果の主張を一つの統一された訴訟物に結合してゐる¹との批判がある(H. J. Sauer, a. a. O. S. 39)。
- (6) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 102.
- (7) B. Rimmelspacher, a. a. O. S. 107, 144.
- (8) H. J. Sauer, a. a. O. S. 110; 上村・前掲裁判と上訴(中)二〇五頁。

三 異説の登場(その二)

——グルンスキー、J・ブロマイヤー、坂口裕英教授——

1 グルンスキーの説

(1) グルンスキーは、リンメルスバッハーと同様に、ローマ民事訴訟・ドイツ普通法民事訴訟において二種類の判決が区別されていたのは訴訟要件と本案要件の区別にもとづくのではないとして、訴訟要件と本案要件の区別を抹殺し、そして本案要件に対する訴訟要件の先順位性を否定する¹。ただしグルンスキーは、訴え奏効要件

(Klagerfolgsvoraussetzungen) これには訴訟要件も本案要件も含まれる(2)間の審理順序をすべて否定すべきではなく、公益に関する訴訟要件をそのほかの要件より先に審理すべきであるとする。

しかしながら、グルンスキーが、職権探知主義が支配する手続においても、「法律はしばしば本案に入ること」を公益の理由から、権利が訴訟において適式に(Ordnungsmäßig)主張されていることに、依存させている」と述べる(3)とき、審理順序の決定のために適法性Ⅱ理由具備性が基準として用いられているといえる(4)。したがってグルンスキーの説は、審理順序決定のための基準として、適法性Ⅱ理由具備性に代えて、公益に関する要件Ⅱ私益に関する要件を用いるべきであるとした点では全く説得力を欠くものといえよう(5)。ただ、適法性と理由具備性の区別を前提とした上で、訴訟要件の中で公益に関する訴訟要件のみに本案要件に対する先順位性を認めるべきであるかどうかの点については、なお検討する必要があるように思われる。

(2) まずグルンスキーは、公益に関する訴訟要件として確定判決の不存在の要件を例にあげて、すでに同一の訴訟物に関する確定判決が存在する場合に、新たな訴訟が禁止されるのは、裁判所を勝手気ままに利用させないという公益と、法的平和を再び終局的に作出するという公益にもとづく(前訴の勝訴者の利益〔すなわち私益〕を保護するという機能をも認める)と述べる(6)。

次に、私益に関する訴訟要件として仲裁契約の抗弁をあげて以下のように述べる。

「仲裁の抗弁が提出されたとき、裁判所は実体上の理由にもとづいて訴えを排斥することができる。法律が被告に紛争を仲裁裁判所に持ち出す機会を与えたのは、仲裁裁判所においては迅速な裁判が期待できること、あるいは、仲裁人の特別の知識が被告にとって重要であるなどの理由による。しかし国家裁判所がとにかく訴えを排斥できる場合には、もはやこの両観点の意味を失っている。国家裁判所の訴え排斥の裁判によって、被告は、彼の目標(訴え排斥の裁判)を達成しているし、

また通例は、裁判が仲裁裁判所によってのみなされるための、保護価値のある利益を有しないからである⁽⁷⁾⁽⁸⁾と。

さらにグルンスキーは、事物管轄、任意的土地管轄、および訴訟追行権を私益に関する訴訟要件と解している。⁽⁹⁾

このようなグルンスキーの説に対し、H・J・ザウアーと竹下守夫教授は以下の理由により反対されている。

まず仲裁契約について、(i) 請求棄却判決に対し原告が上訴した場合、被告は国家裁判所で三審級の本案審理を受けることになり、それだけ法律関係は不安定な状態に長く置かれることになる⁽¹⁰⁾（ただし仲裁契約において上訴が認められている場合にはこの理由は該当しない）、(ii) 専門的な裁判を受ける被告の利益を侵害し、また裁判の内容上の正当性をも害することになる⁽¹¹⁾、(iii) 仲裁契約が具体的な法律関係から生ずるすべての紛争のために締結されている場合には、将来のほかの紛争に関する裁判権を明らかにできるといふ被告の利益が損われることになる⁽¹²⁾、と。

さらに、任意的土地管轄の審理を省略して請求棄却判決をすることについても、原告がこの請求棄却判決に対し控訴を提起すると、被告は遠隔の、管轄のない控訴裁判所で本案について応訴せざるをえなくなる（けだし民法三八一条によれば、第一審の任意管轄違反はもはや控訴審では主張されえないからである）との理由で反対されている。⁽¹³⁾

(3) 右に見たように、私益に関する訴訟要件であっても、その審理を省略し請求棄却判決をするとき、被告が不利益を蒙る場合がある。しかしながら、私益に関する訴訟要件においては被告の私的利益の保護が問題となっていることを考慮するとき、かかる要件も常に本案要件に対する先順位性を有していると解することには、賛成できない。なぜならこの場合被告の利益の保護を考慮すればよいのであるから、審理順序の決定を被告に委ねる

方法が可能であり、また適切であると思われるからである。すなわち、私益に関する訴訟要件の存否は不明であるが、請求の理由のないことは明白になった場合、裁判所は、被告に対して、原告が控訴した場合に被告が蒙る不利益、およびその他被告が蒙る可能性のある不利益を説明し、被告が請求棄却判決をすることに同意したときに限り、かかる要件の審理を省略して請求棄却判決をすることができると考えるべきであろう。⁽¹⁴⁾

ところで、このような被告の同意のもとに請求棄却判決が下され、これに対して原告が控訴を提起したとき、被告は私益に関する訴訟要件の欠缺をやはり主張しえないと解すべきである。なぜなら、訴訟経済上の要請（すなわち、第一審の本案判決を無駄にすべきでないとの）が、私益に関する訴訟要件により保護される被告の利益より優先されるべきであると考えられるからである。もっとも任意管轄違反は、すでに述べたように、法律上（民訴法三八一条）当然控訴審では主張されえない。

なお、裁判所が右に述べた手続をふまず、私益に関する訴訟要件の審理を省略し請求棄却判決をした場合に、その要件欠缺を理由とする控訴を提起できるかは、かかる控訴に不服が認められるか否かにかかっているが、被告にとってかかる要件欠缺にもとづく訴え却下判決は請求棄却判決より有利であるとはいえないから、不服は否定されるべきである。

グルンスキーが私益に関する要件としてあげた訴訟追行権は、不適切な当事者間における訴訟を排除するという公益の保護をも目的としているので（グルンスキーは、同一の訴訟物に関して繰り返し訴訟に関与しなければならぬ被告の不利益の排除のみに訴訟追行権の目的を見る）、単に私益のみに関する訴訟要件とはいえず、したがってこのグループに含めることは疑問である。⁽¹⁵⁾さらに、事物管轄も裁判の正当性を保障するという公益の保護をも目的としているので、私益に関する訴訟要件に含めるべきではないと解する。

注(1) W. Grunsky, a. a. O. ZZZ 80, S. 63 ff.

(2) W. Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., 1974, § 34 III 2a. しかしながら Grunsky, a. a. O. ZZZ 80, S. 70 では「当事者の利益のみに関する要件と公益に関する要件とを区別することは実際上意義があるが、特定の奏効要件はほかの要件より先に審理されなければならないとか、また、訴えを排斥する判決においては両カテゴリーの一方のみに関係すべきであるということ」を正当化するものではないとし、そして個々の訴訟要件の目的を検討し、権利救済方法の選択(S. 71 f. 本案要件のみでなく当事者能力に対しても先順位性を有するとする。しかし二重起訴の禁止、確定判決の存在に対しては先順位性を否定する)、訴訟能力、確定判決の存在、および二重起訴の禁止にはかの要件に対する先順位性を認めていた(S. 72 ff.)。なお権利保護の必要については、先順位性を否定していた(S. 75)。

(3) W. Grunsky, Grundlagen, § 34 III 2a.

(4) H. J. Sauer, a. a. O. S. 78 f.

(5) Charles Olroth, Zur neueren Kritik der Lehre von den Prozeßvoraussetzungen, Jura 1970, S. 720.

(6) W. Grunsky, Grundlagen, § 34 III 2a.

(7) W. Grunsky, Grundlagen, § 34 III 2a.

(8) 鈴木・前掲民商法雑誌五七巻四号五一七—五一八頁も、「仲裁契約の締結によって原・被告間にはぐくまれた『友好的雰囲気』は、すでに原告がこの契約を無視して、訴えを提起したことによって破られている」こと、また「被告が仲裁契約の抗弁を提出したのは、裁判所が自己に不利な判決(請求認容判決)をするのなら、自分達の仲裁人に判断して貰いたい(仲裁人なら、また別途に判断してくれるかもしれない)」というのであって、裁判所が自己に有利な判決(請求棄却判決)をしてくれるのなら、……別段異論はない趣旨である、と解される」として、仲裁契約の抗弁の先順位性を否定される。さらに高島義郎「訴訟要件の類型化と審理方法」講座民事訴訟2(昭五九)一二三—一二四頁も「仲裁契約が特殊な専門的領域の紛争に関して締結されることが多いとしても、これをもって国家の裁判権行使を抑止すべき根拠としては十分でなく、他の抗弁事項と区別すべきではない」として、仲裁契約の抗弁の先順位性を否定される。

(9) W. Grunsky, Grundlagen, § 34 III 2a.

- (10) H. J. Sauer, a. a. O. S. 70: 竹下・前掲司法研修所論集六五号一七一—一八頁。
- (11) H. J. Sauer, a. a. O. S. 69: 竹下・前掲司法研修所論集六五号一八頁。
- (12) H. J. Sauer, a. a. O. S. 70. もっともこの理由は、仲裁契約の存在にもとづく訴え却下判決が仲裁契約の存在を争いえないことの確定を含み、それが既判力の積極的效果として作用することを前提とする。上田徹一郎・前掲実務民事訴訟講座二八四頁、同・前掲法学教室〈第二期〉1一四一頁は、仲裁契約の抗弁にもとづく訴訟判決に、かかる効果を認められる。
- (13) H. J. Sauer, a. a. O. S. 72: 竹下・前掲司法研修所論集六五号一六一—一七頁、高島・前掲講座民事訴訟二二三頁。なおZPO五一二条aは、「財産法上の請求をめぐる訴訟において、第一審裁判所がその土地管轄を違法に認めたことを理由にする控訴は許されない」と規定しているので、財産権に関する訴訟においては専属管轄についても本文に述べたことがあてはまる。
- (14) W. F. Lindacher, a. a. O. ZZP 90, S. 144 は、仲裁契約の抗弁についてこのような取扱いを提唱している。
- (15) W. Grunsky, Grundlagen, § 28 I 5.
- (16) H. J. Sauer, a. a. O. S. 71 Fn. 33.

2 J・プロマイヤーの説

(1) J・プロマイヤーは、訴えの抽象的機能＝何が法主体間で正当である (rechters) かの確定 (したがって請求認容判決であるか請求棄却判決であるかを問わない) と、原告が訴えでもって追求している目標 (したがって請求認容判決の獲得) とを区別し、訴えが不適法であることは、訴えの抽象的機能が図られないことを意味する、と説く⁽¹⁾。さらに彼は、訴訟要件を真正訴訟要件と不真正訴訟要件に区分し、前者は適法性に帰属するが、後者は理由具備性に帰属すると解し、本案要件に対する先順位性を真正訴訟要件のみに認める⁽²⁾。

すなわちJ・プロマイヤーによれば、

真正訴訟要件は、原告によってとられている特定の訴訟的救済方法をさえぎり、同時に原告が目的を達成するために他の方法をとらねばならないことを指示するものである。つまり右に述べた訴えの抽象的機能が図られることを禁止するものである。この真正訴訟要件には、管轄、権利救済方法の選択、仲裁の抗弁、二重起訴の禁止、訴訟能力、裁判権、適式の訴え提起、訴え取下げ後の再訴の際の訴訟費用の償還、および訴訟費用の担保が含まれる⁽³⁾。他方、不真正訴訟要件は、単に原告の目標の達成、つまり請求認容判決のみを制限するもので、これには、当事者能力、訴求可能性、一般的権利保護の必要、将来給付の訴えの要件、訴訟追行権、および確定判決の不存在が含まれる⁽⁴⁾。

J・プロマイヤーがこのように一定の訴訟要件を不真正訴訟要件としてそのほかの訴訟要件と区別することは、彼の実体法についての独特の理解にもとづいている。すなわちJ・プロマイヤーは次のように説く。

広義の実体法は、請求権と義務を基礎づける法規だけでなく、「請求権の強行可能性(Erzwingbarkeit)」を規定することにより、ただ間接的に、つまり裁判官の介入のもとに請求権・義務を基礎づける法規をも含み、不真正訴訟要件はこの広義の実体法に属する。つまり、当事者能力は誰が請求権を一般に貫徹できるか、また誰に対して可能であるかを定め、訴求可能性および一般的権利保護の必要はどのような請求権がどのような状況のもとで貫徹されうるのかを定め、ZPO二五七条以下はどのような状況の場合に前もって給付命令(Leistungsbefehl)を得ることができるかを定めるものである⁽⁵⁾。……なお、確認の訴えは権利の貫徹ではなく単に権利の確認を求めるものであるから、ZPO二五六条の確認の利益を、強行可能性を実体法に算入することにより拡張された実体法、すなわち理由具備性に含めることはできないが、確認の利益を、例外的に権利確定のための要件でなく——訴訟体系に違反するが——党派的な(Parteiisch)、主観的に色どられた、単に原告によって求められている確定のための(したがって反対の確定のためのではない)要件とみなすことにより、特定の訴訟

的救済方法に関する要件ではなく、(原告の)訴訟目標を定めるものと解することができる、とする。⁽⁶⁾

J・プロマイヤーの説について、オルロートは、訴訟要件を真正訴訟要件と不真正訴訟要件に分け、後者を実体法に帰属させる点には反対するが、その帰結、とくに当事者能力についても先順位性を否定することに賛成している。⁽⁷⁾

(2) J・プロマイヤーが、訴訟要件を権利実現の方法に関する要件(真正訴訟要件)と権利実現自体に関する要件(不真正訴訟要件)とに分けたこと、とくに真正訴訟要件の場合には欠缺を補正・充足することによる再訴が可能であること(正確に言えば再訴が一般に容易であること)に注目し、かかる訴訟要件のみに本案要件に対する先順位性を認めたことは、従来の通説が再訴可能性を理由として訴訟要件一般に(権利保護の利益について例外が認められていたことを除いて)先順位性を認めていたのを修正した点で、一応評価できよう。しかし原告の再訴可能性を審理順序の基準とすることが妥当でないことは、前に述べた通りである(二・二・2)。⁽⁸⁾

さらにJ・プロマイヤーが、不真正訴訟要件について、それが請求権の強行可能性を定める広義の実体法に属するとして、一律に先順位性を否定することも疑問である。けだし不真正訴訟要件とされるものの中に、請求認容判決のみでなく請求棄却判決をも禁止するもの、つまり本案に関する審判を許さないものも存在するからである。⁽⁹⁾たとえば、訴求可能性と一般的権利保護の必要のいずれに該当するかは別として、団体の自律権や宗教問題に対する司法権の限界が問題となる場合、この点の審理を省略して請求棄却判決をすることは許されないといえよう。⁽¹⁰⁾同様に、真正訴訟要件について各々の機能を顧慮することなく一律に先順位性を認めることも適切でないと思われる。

J・プロマイヤーは、適法性の要件が理由具備性の要件に対し先順位性を有することの根拠として、(i)旧Z

P O二七四条で用いられていた「妨訴抗弁 (Prozeshindernde Einreden)」の概念(ただし現行二八二条三項は「訴えの適法性に関する責問」と規定する(筆者))と、(ii) 適法性の要件を定める規定の位置が訴訟法ないし裁判所構成法であること(すなわち訴訟法は訴訟外に存在する権利が正當に確定されることを配慮するものであるとの理解が前提となっている)⁽¹¹⁾を指摘する。まず(ii)の理由は、実質的には前に述べた司法適合性の概念に該当するものと思われるが、このことから即座に訴訟要件の先順位性を理由づけえないことは、そこで述べた通りである(二・三・⁽⁴⁾)。またZ P O旧二七四条一項七号において当事者能力も妨訴抗弁としてあげられていたことと、J・プロマイヤーが当事者能力を不真正訴訟要件として先順位性を否定しながら「妨訴抗弁」の概念を先順位性の根拠とすることは、矛盾するように思われる。さらに、Z P O旧二七四条の抗弁が提出された場合であっても、被告に本案の弁論を拒む権利は帰属しないので、「妨訴抗弁」という用語は不適切であるとの指摘がなされていたこと⁽¹²⁾から見て、(i)の根拠も訴訟要件の先順位性を理由づけることはできないように思われる。

注(1) J. Blomeyer, Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, Z Z P 81 (1968), S. 22, 24 ff.

(2) J. Blomeyer, a. a. O. S. 27 ff.

(3) J. Blomeyer, a. a. O. S. 26.

(4) J. Blomeyer, a. a. O. S. 33 ff.

(5) J. Blomeyer, a. a. O. S. 35 f.

(6) J. Blomeyer, a. a. O. S. 36.

(7) Ch. Oloth, a. a. O. Jura 1970, S. 721 f. ただし確定判決の不存在については、J・プロマイヤーと異なり、本案

要件に対する先順位性を認めている (S. 722)。

- (8) これに対し、法によって認められない種類の権利が主張された場合、理由なしとして排斥されるべきではない、つまり本案判決したいが許されないと解する説がある (W. Simshäuser, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny, 1965, S. 151 ff.)。メームズホイザーは、かかる場合には、一般的訴訟要件としての Stathaftigkeit (これには一定の裁判にどのような種類の上訴が許されるかの問題なども含まれる) の要件が欠けているとされる (S. 164 f.)。その他 Stathaftigkeit を訴訟要件に導入すべきことを主張するものとして G. Lüke, Die Prozeßführungsbefugnis, ZJP 76 (1963), S. 21 がある。右に述べたような場合を統合する訴訟要件として Stathaftigkeit を認める必要があるか否かは別として (すなわち、訴えの利益や上訴要件として個別に規律すれば十分であると考えることも可能である)、公序良俗に反する権利が主張された場合などに、訴訟要件と本案要件のいずれが欠缺していると解すべきなのか、あるいはそれらを区別する必要はないのか否かの問題は、なお検討する必要があるといえよう。

- (9) R. Martin, a. a. O. S. 37; 伊藤真・前掲名古屋大学法政論集七三号一三一—一四頁も、不真正訴訟要件を本案要件と同列に置くことは問題であるとされる。
- (10) 保全訴訟におけるこの問題を論じたものとして、拙稿「保全処分発令要件の法的性質 (一) (二・完)」愛知大学法経論集九九号 (昭五七) 一一八頁、一〇〇号 (昭五七) 九〇頁以下。
- (11) J. Blomeyer, a. a. O. ZJP 81, S. 22.
- (12) Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 10. Aufl., 1969, § 97 VI 2.

3 坂口裕英教授の説

(1) 「ビューローの『訴訟要件論』の研究」において、坂口裕英教授は、被告の主張が要求されていない事実
は抗弁でないと考えるのは一九世紀ドイツ法学の「抗弁」の觀念にもとづいており、「主張の必要は、抗弁とい

うことから直接に抽きだされるものではなく、抗弁事実が弁論主義の適用をうけるか、抗弁が形成権とみなされるかのいずれかによる」に過ぎないとされ、訴訟要件の事実について職権調査が行われることは必ずしも被告の異議・抗弁を排斥するものではない、と主張される。⁽¹⁾そしてこのような前提のもとに、被告には「訴訟打ちり請求権」にもとづく「申立権」が認められ、したがって訴訟要件の判断には二つのルート、すなわち被告の異議にもとづく判断と、そのような異議の有無にかかわらず訴訟要件の存在についての疑いにもとづく裁判所自らの判断とが考えられ、職権調査に関する限り疑わしくなければ訴訟要件の存在の証明は不用であるが、異議がでれば異議を却下するために常に異議によってあらそわれている訴訟要件の存在が証明されなければならないとされる。⁽²⁾⁽³⁾

さらに、訴訟要件と本案要件の審理順序について次のように述べられる。

「訴の『許容性』が否定されるのは、『許容性』を内容に入って審判することの許容と考えれば、瑕疵が明らかとなつてからであり、瑕疵の存否が不明の間はたとひ瑕疵ある訴についても本案審理については『許容性』があることになる。瑕疵が明らかか否かは『訴訟要件』の存否の証明をいうから、その不存在が証明されない間に理由性なしとの判断が得られたとしても、請求の棄却はできるものとしなければならない。それに対し、請求の認容は、すべての訴訟要件の存在を前提とするから、単に実的要件の存在を判断したとしても言渡すことができないのである（しかしこの場合も、訴訟要件について提出された資料の上でその存在に疑がない限りは、異議のあるものを除き存在の証明までは要求されないと考えられる）。少くともすべての『訴訟要件』の存在が証明されなければ請求棄却ができないと考える理由はないであろう」⁽⁴⁾。

右の説明を見ると、坂口裕英教授は、訴訟要件の存在について疑いがある場合であっても請求棄却ならできると考えておられるように思われる。なぜなら右の説明の中で、「それに対し」といわれているので、請求認容

と請求棄却の場合とで訴訟要件の不存在が証明されない間に本案請求に関する判断が明白になったときの取扱いを区別しておられると考えられるが、そうであるとする、請求認容判決が許されないのは、(i) 訴訟資料の上で訴訟要件の存否に疑いがある場合と、(ii) 異議がある場合とされること、また他方で、「異議がある限り、問題となっている訴訟要件の存在は証明されなければ本案の判決ができない」⁽⁵⁾とされることから考えると、(i)の訴訟資料の上で訴訟要件の存在に疑いがある場合に両判決における取扱いの差異があらわれることになると考えられるからである。

その後の、「訴訟要件論と訴訟阻却(抗弁)事由」では、訴訟要件と本案要件の審理順序について次のように説明される。

「訴訟要件論とはいっても、その要件がないという事実が主張されるか、あるいははっきりするまでは、その要件が一般にあると推定されると考えるか、不明の場合にも存在の証明は必ずしも必要でないというのであれば、それは阻却事由である⁽⁶⁾ということと同じである」。

「訴訟要件が訴訟阻却事由であれば、請求棄却、請求認容いずれのばあいにも訴訟要件は必要ではなく、その欠缺が訴訟にあらわれない限り、本案判決をすることが法的に可能であり、許容される」⁽⁷⁾。

「訴訟要件の存否に争いがない限り、訴訟要件のすべてについて確認がなされていないとしても、請求棄却、請求認容を含む本案判決をすることが、法的に可能となり、許容されることになる」⁽⁸⁾。

ここでの説明では、請求認容と請求棄却の場合で訴訟要件の存否が不明の間に本案請求に関する判断が明白になったときの取扱いは区別されておらず、訴訟要件の欠缺が訴訟にあらわれない限り請求棄却判決のみならず請求認容判決も可能であるとされている。

したがって、坂口裕英教授の見解の特徴は次の点にあるといえよう。(i) 被告が訴訟要件に関する異議を提出している場合は、訴訟要件の審理を省略して請求認容・請求棄却の本案判決を下すことは許されない。(ii) 訴訟要件の存在に疑いがあるが、本案に関する判断が熟した場合は、裁判所は問題となる訴訟要件の審理を省略して本案判決(認容・棄却を問わず)をすることができる。とくに、請求認容判決を下すことができる点で、一定の訴訟要件の存否が不明であっても請求棄却判決に限って下すことを認める説と区別される。

(2) しかし訴訟要件の存在について疑いがある場合であっても請求認容・請求棄却を問わず本案判決を下すことができることには、疑問がある。個々の訴訟要件の機能を見ると、本案判決じたいを控えるべき場合、少くとも請求認容判決だけは控えるべき場合が存在するからである(後述四参照)。

注(1) 坂口裕英「ビュローの『訴訟要件論』の研究」名城法学一七卷一・二号(昭四二)二八—二九頁、一四四頁注20、

同「訴訟要件論と訴訟抗弁」民事訴訟雑誌一六号(昭四五)三八四—三八五頁注1。

(2) 坂口・前掲名城法学一七卷一・二号一四一頁。

(3) 同右一三六—一三七頁。

(4) 同右一四〇—一四一頁。

(5) 同右一四〇頁。

(6) 坂口・前掲兼子選暦・裁判法の諸問題(中)二二八頁。

(7) 同右二三八頁。

(8) 同右二四五頁。

〔後注〕 脱稿後、坂口裕英教授の「訴え却下判決と請求棄却判決」講座民事訴訟6(昭五九・九)に接した。そこでは訴訟判

決の既判力について新たな見解が提唱されているが、これについては本稿の五・二「審理順序と既判力の時的限界」のところでふれたいと思う。